

‘You can’t have your cake and eat it’

Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht

Prof. mr. W.J. Zwalve*

1. Inleiding

Op 15 december 2011 werd het BW van Curaçao, dat – afgezien van een enkel opzienbarend verschil¹ – grotendeels identiek is aan het onze, verrijkt met een nieuwe zesde titel in zijn Derde Boek, inhoudende een wettelijke regeling van de ‘trust’.² Tot invoering daarvan is, blijkens de considerans van de daartoe strekkende Landsverordening, besloten ‘ter versterking van de positie van Curaçao als financieel dienstencentrum’. Daarmede is Curaçao het eerste koninkrijksdeel dat een rechtsfiguur heeft ingevoerd die ook reeds op het Europese continent – in Italië, Frankrijk, Luxemburg, Zwitserland en Liechtenstein – haar ingang heeft weten te vinden. Gelet op het feit dat het slechts een kwestie van tijd is voordat de trustfiguur ook haar intrede zal doen in het Nederlandse privaatrecht, lijkt het mij geboden om, uitgaande van een enkele eigenaardigheid van de Curaçaose trust, op een kernbeginsel van trustrecht de aandacht te vestigen dat grotendeels veronachtzaamd wordt, niet in de laatste plaats vanwege de betrekkelijk geringe ervaring die ten onzent ten aanzien van deze rechtsfiguur bestaat. Het ligt dus niet in mijn bedoeling in het onderstaande de Curaçaose ‘Landsverordening Trust’ aan een kritische bespreking te onderwerpen,³ doch slechts om naar aanleiding daarvan op één, naar mijn gevoelen essentieel, element van de trustcreatie de aandacht te vestigen. Het gaat daarbij om de centrale rol die in het toekomstige Nederlandse trustrecht zal moeten worden toegekend aan de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW. Deze vaststelling verrast wellicht menige geïnteresseerde lezer; zij zal daarom in het onderstaande nader worden toegelicht.

2. Art. 3:84 lid 3 BW

De Leidse civilist en rechtshistoricus E.M. Meijers heeft een zwaar stempel gedrukt op het huidige Nederlandse

privaatrecht. Een van de meest opvallende voorbeelden daarvan betreft de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW, die het zogeheten ‘fiducia’-verbod behelst. De oorspronkelijke versie van deze bepaling in de redactie van Meijers zelf (art. 3.4.2.2 lid 3) luidde als volgt:

‘Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid *of tot uitoefening van het over te dragen recht in het belang van de vervreemder of van een derde ten doel heeft*, is geen geldige titel van overdracht van dat recht.’⁴

Deze oorspronkelijke redactie maakt, duidelijker dan de uiteindelijke redactie die haar weg heeft gevonden in art. 3:84 lid 3 BW, zonneklaar dat Meijers twee rechtsfiguren uit het nieuwe Nederlandse recht wilde ecarteren: de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (*fiducia cum creditore*) en de fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van beheer (*fiducia cum amico*), dit wil zeggen de Anglo-Amerikaanse trust.⁵ De hierboven afgedrukte redactie van Meijers zelf werd echter gewijzigd omdat, naar het oordeel van de wetgever, door een strikte uitleg van de tegen de trustconstructie gerichte zinsnede ervan het misverstand zou kunnen rijzen dat naar toekomstig recht óók een eigendomsoverdracht waarbij is overeengekomen dat de verkrijger (obligatoir) verplicht zou zijn het genot, de vruchten en dergelijke ten goede van de vervreemder of een derde te laten komen, door het verbod van art. 3.4.2.2 lid 3 OM zou worden getroffen.⁶ Een dergelijke constructie moest, zo vond de wetgever, mogelijk blijven en daarom werd besloten tot wijziging van die passage. Dit heeft geleid tot de onderstaande eindredactie, die de nagenoeg volledige mislukking van Meijers’ initiële bedoelingen inluide:

‘Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid *of die de strekking mist het goed na*

* Prof. mr. W.J. Zwalve is hoogleraar Anglo-Amerikaans Vermogensrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Leiden.

1. Zie daarvoor hieronder bij noot 85. Zie over verdere verschillen J. de Boer, ‘Het NBW in de West’, *NJB* 2001, p. 289-294 en G.C. van Daal & A.J. Winter, *Het andere Antilliaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom 2001.
2. Landsverordening Trust, *Publicatieblad* 2011, nr. 67. Zie over de Curaçaose trust het themanummer daarover van *WPNR* 2012, afl. 6926 (p. 287-301, waarin tevens (op p. 302-307) opgenomen de tekst van de Landsverordening Trust, waaruit in het navolgende zal worden geciteerd), met bijdragen van J. de Boer, M. Bergervoet en D.S. Mansur; zie voorts J. Adler & J.P. Boer, ‘Invoering van de Curaçaose trust: een test in de West’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2012, p. 969-978.
3. Een aantal punten van kritiek zal in het onderstaande terzijde worden aangeroerd.
4. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 316.
5. Zie daartoe slechts de toelichting bij art. 3:84 lid 3 BW van Meijers zelf in *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 317: ‘wie hem toekomstige goederen door een ander wenst te laten beheren, moet deze goederen onder bewind stellen’. Meijers’ theoretische bedenkingen tegen de trustfiguur zijn te vinden in zijn *Algemene Begrippen van het burgerlijke recht*, Leiden: UPL 1958 (2e druk), p. 281 e.v. Men zie mijn nadere opmerkingen daarover in: *Simplex et perpetuum, beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom 2006, p. 297-314.
6. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 318. Men dacht daarbij aan het geval waarin een gebouw waarin, bijvoorbeeld, een advocatenmaatschap is gevestigd, door de maatschap wordt ondergebracht in een rechtspersoon ten behoeve van die maatschap, zulks opdat wijzigingen in de maatschaps-

de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.'

De hierboven gecursiveerde passage uit art. 3:84 lid 3 BW is niet alleen veel abstracter geformuleerd dan de oorspronkelijke redactie van Meijers zelf, maar zij is bovendien niet goed doordacht, al was het slechts omdat het begrip 'overdracht', naar de terminologie van het nieuwe BW, is gereserveerd voor de *gerealiseerde* rechtsovergang. In dit begrip ligt daarom reeds besloten dat het overgedragen goed in het vermogen van de verkrijger valt. Er bestaan daarom geen titels van overdracht die de strekking *missen* een goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, want als een titel die strekking mist, vindt er eenvoudigweg geen overdracht plaats. De Hoge Raad is zich daarvan bewust geweest toen hij in zijn inmiddels befaamde arrest van 19 mei 1995 (*Mr H.H. Keereweer q.q./Sogelease*⁷) vaststelde dat slechts de niet als 'werkelijk' bedoelde overdracht door het verbod van art. 3:84 lid 3 BW werd getroffen. Door deze uitleg staat, zo stel ik vast, niets meer in de weg aan de introductie van de trustfiguur in het Nederlandse recht, want óók de overdracht ten titel van beheer is een als 'werkelijk' bedoelde overdracht in de zin die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven.⁸ Aan de aldus uitgelegde bepaling van art. 3:84 lid 3 BW moet zelfs, zoals uit het onderstaande zal blijken, een centrale rol in het komende Nederlandse trustrecht worden toegekend. Alvorens een en ander te kunnen verduidelijken, dient een enkele opmerking te worden gemaakt over het rechtskarakter van een trustverhouding binnen een op het gemene (Romeinse) recht (de 'civil law') geënt rechtstelsel zoals het onze.

3. Wat is een trustverhouding?

De van oorsprong Anglo-Amerikaanse trustverhouding⁹ is de vrucht van de oude 'courts of equity' en daarmee

van een typische constellatie van het Engelse recht, te weten de onderscheiding tussen 'law' en 'equity', dat wil zeggen twee verschillende rechtsbronnen die – oorspronkelijk – zelfs door twee verschillende rechterlijke instanties – de 'courts of law' en de 'courts of equity' – werden gehandhaafd.¹⁰ Gelet op deze typisch Engelse achtergrond is zelfs ooit eens door Lord Hardwicke, een van de grondleggers van het huidige Anglo-Amerikaanse trustrecht, opgemerkt dat '[i]t could not happen in any other country but this: because the jurisdiction of law and equity is administered here in different courts, and creates different kinds of rights in estates'.¹¹ In het bijzonder de laatste vaststelling, waarin het verschil in rechtskarakter tussen 'legal' en 'equitable remedies' wordt benadrukt, lijkt in de weg te staan aan de introductie van de trustfiguur in een rechtssysteem zoals het onze, dat de eigenaardige onderscheiding tussen 'law' en 'equity' mist. 'Equitable remedies' namelijk, in het bijzonder die welke een rol spelen in het trustrecht, dragen een, vanuit het continentale perspectief bezien, geprononceerd goederenrechtelijk karakter; ze worden daarom óók door Anglo-Amerikaanse juristen niet zelden aangemerkt als 'proprietary remedies', al of niet aangevuld met de (altijd misleidende) aanduiding *sui generis*. Van deze, typisch Anglo-Amerikaanse, goederenrechtelijke aspecten van de trustverhouding,¹² de relatie tussen trustee en begunstigde, dient men zich te bevrijden als men aan die relatie binnen een rechtstelsel zoals het onze op een systematisch correcte wijze vorm wil geven. De Curaçaose Landsverordening Trust lijdt, onder meer, aan het euvel dat daarin dat systematische kader niet wordt aangegeven. Dit kader namelijk bestaat binnen een 'civil-law'-systeem *niet* in het goederenrecht, maar in het *verbintenissenrecht*. Ik kom daarom tot de navolgende begripsomschrijving:

'Een trustverhouding is de *verbintenisrechtelijke* rechtsbetrekking die bestaat tussen één of meer trustees en één

verhouding niet telkens moesten dwingen tot wijzigingen in de eigendomsverhouding tussen de maten (p. 318-319). Ik wijs erop dat in dit stadium van de recente Nederlandse rechtsgeschiedenis (de toelichting bij de herziene redactie van art. 3:4.2.2 lid 3 (art. 3:84 lid 3 BW) is uit 1970/1971) nog geenszins duidelijk was dat een trustverhouding zich, naar aanstonds nader in de tekst zal worden toegelicht, naar Nederlands recht op eenvoudige wijze als zuiver verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking laat construeren en daarmee dus binnen de parameters van art. 3:84 lid 3 BW blijft.

7. NJ 1996/119.

8. Zo ook Reehuis, *Overdracht* (Monografieën BW, deel B6a), Deventer: Kluwer 2010, nr. 70, 77 en 88 en dezelfde in Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 120; Asser/Bartels, Van Mierlo & Ploeger 3-IV 2013/570; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 194; D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 154 en vele anderen.

9. Het Anglo-Amerikaanse recht kent vele verschillende soorten 'trusts'. Ik verwijs de belangstellende lezer naar de uitvoerige behandeling daarvan in Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law*, Den Haag: Boom 2008 (2e druk), p. 321-382. Voor de goede orde zij hier vastgesteld dat in het navolgende slechts één daarvan centraal staat, te weten de zogeheten 'express private trust', dat wil zeggen de door middel van een rechtshandeling, onder levenden of bij testament, ten behoeve van een of meer begunstigten in het leven geroepen trustverhouding. Aan voor een bepaald doel in het leven geroepen zogeheten 'charitable trusts' zal, mede ook gelet op de mij ter beschikking staande ruimte, in het navolgende geen aandacht worden besteed, te minder daar daaraan in het Nederlandse recht weinig of geen behoefte bestaat omdat daarin door onze stichting op afdoende wijze wordt voorzien. De introductie van trusts die van rechtswege in het leven worden geroepen, zogeheten 'implied trusts', dient ten koste van alles te worden vermeden; zij zijn bovendien in het continentale recht overbodig, onder meer omdat het verrijksrecht en het onrechtmatige-daadsrecht daar afdoende voorzien in de behoefte waaraan zij in het Anglo-Amerikaanse recht grotendeels zijn ontsproten.

10. Ik verwijs de lezer voor verdere achtergronden van de trustfiguur naar Uniken Venema-Zwalve 2008, p. 293-313. Zie bovendien het overzicht in Aertsen 2004, p. 11-60 en, uiteraard, de Nijmeegse bundel van D.J. Hayton & S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust*, Deventer: Kluwer 1996.

11. *Wortley v. Birkhead* (1754) 2 Ves. Sen. 571, op p. 574; 28 E(nglish) R(eports) 364 (366).

12. Er is recentelijk binnen de Anglo-Amerikaanse rechtskring weer een discussie ontbrand omtrent 'de ware aard' van de rechtsbetrekking tussen een trustee en de begunstigde van een trust. Men vindt de traditionele goederenrechtelijke benadering verdedigd in J.E. Penner, 'The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust', *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 27 (2014), p. 473-500.

of meer personen of rechtspersonen ten behoeve van wie de trustee het beheer voert van en, zo nodig, beschikt over de van de rest van zijn vermogen afgescheiden onder trustverband staande goederen.'

Zodra men de trustverhouding heeft geduid als een normale obligatoire rechtsbetrekking¹³ valt veel van de koudwatervrees weg die menige continentale civilist bevangt als hij met het verschijnsel van de trust wordt geconfronteerd. De hierboven weergegeven definitie van een trustverhouding binnen een stelsel zoals het onze benadrukt – naast de noodzakelijke afscheiding van het trustfonds van het overige vermogen van de trustee – tevens één aspect ervan dat in het navolgende nader zal worden uitgewerkt, te weten het gegeven dat de insteller van de trust, de 'settlor' of 'trustor', in beginsel *buiten* de obligatoire rechtsbetrekking staat die door zijn rechtshandeling in het leven wordt geroepen: hij verdwijnt, tenzij hij tevens een begunstigde is,¹⁴ volledig buiten beeld.¹⁵ Het is ten aanzien van dit aspect van de trustcreatie dat de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW een belangrijke, zo niet cruciale, rol *moet* spelen.

4. De overdracht ten titel van trust

Er bestaan in het Anglo-Amerikaanse recht, afgezien van de trustcreatie bij testament (die ik verder buiten beschouwing zal laten), twee manieren waarop een geldige trust in het leven kan worden geroepen: ofwel door middel van een overdracht ten titel van trust ('transfer in trust') door de settlor van de trust aan de beoogde trustee, ofwel door middel van hetgeen een 'declaration of trust' wordt genoemd, dat wil zeggen de eenzijdige wilsverklaring van een trustor dat hij een of meer bestanddelen van zijn *eigen* vermogen ten titel van trust zal beheren ten behoeve van een of meer begunstigten. De Curaçaose Landsverordening voorziet in beide mogelijkheden.¹⁶ Deze laatstgenoemde mogelijkheid – de *eenzijdige* 'declaration of trust' waarbij géén op de trustcreatie gerichte vermogensver-

schuiving tussen settlor en trustee plaatsvindt¹⁷ – lijkt moeilijk verenigbaar met een centraal dogma van het Nederlandse vermogensrecht (en dat van een aantal andere 'civil-law'-jurisdicties). Ik bedoel de regel dat voor *overdracht* van vermogensbestanddelen een daad van publiciteit ('levering') is vereist (art. 3:84 lid 1 BW). Voor de *afscheiding* van vermogensbestanddelen dient hetzelfde te gelden. De trustcreatie immers impliceert de afscheiding van de met trust bezwaarde goederen¹⁸ van de rest van het vermogen van de trustee. Dit impliceert dat die goederen het voor verhaal door zijn privécrediteuren vatbare vermogen van de insteller van de trust *verlaten*, zoals ook het geval zou zijn geweest bij een overdracht van die goederen. Het behoeft daarom geen verbazing te wekken dat in sommige 'civil-law'-jurisdicties waarin het trustrecht is geïncorporeerd, zoals het Zuid-Afrikaanse, géén mogelijkheid wordt erkend tot creatie van een trust – en dientengevolge de afscheiding van het trustfonds van de rest van het vermogen van de insteller van de trust – door middel van een enkel op de totstandkoming daarvan gerichte eenzijdige wilsverklaring waarbij de insteller zichzelf tot trustee instelt en dus géén vermogensverschuiving plaatsvindt tussen de insteller van de trust en de trustee.¹⁹ De Curaçaose Landsverordening stapt, in haar overenthousiaste streven de 'offshore'-praktijk (of, om een modern eufemisme te gebruiken, 'de internationale financiële praktijk') te faciliteren, wel wat al te makkelijk over deze bezwaren heen.²⁰

Het gemak waarmee in hedendaagse Nederlandse literatuur (zelfs de goede) in dit verband wordt gesproken over 'trustvermogen' (zoals in de Curaçaose Landsverordening) en 'afgescheiden vermogen' ergert mij al jaren. Een *vermogen* is een complex van rechten en plichten; daadwerkelijke *vermogensafscheiding* vindt in het Nederlandse recht slechts plaats in het ondernemingsrecht (afsplitsing van ondernemingsvermogens) en het erfrecht (het voorrecht van boedelbeschrijving). Bij de kwaliteitsrekening en het (komende) trustrecht gaat het altijd om de afscheiding van *goederen*, of, om het in bedrijfseconomische

13. Men kan zich voor de verbintenisrechtelijke kwalificatie van de relatie tussen de trustee en de beneficiary zelfs beroepen op een gezaghebbende Engelse jurist: F.W. Maitland, *Equity, also The Forms of Action at Common Law, Two Courses of Lectures*, Cambridge: CUP 1929, p. 122: 'Equitable estates and interests are rights *in personam* but they have a misleading resemblance to rights *in rem*.'

14. Zie daarover nader hieronder, vanaf noot 46.

15. Dit is een wezenskenmerk van de Anglo-Amerikaanse trust. Het zijn dan ook uitsluitend de daardoor begunstigde personen, de 'beneficiaries', en in beginsel *niet* de insteller van de trust, die de trustee tot handelen kunnen dwingen, of hem op grond van 'breach of trust' kunnen aanspreken: zie *In re Astor's Settlements Trusts* [1952] Ch. 534, op p. 542, bij monde van Roxburgh, J: 'If the purposes are valid trusts, the settlors have retained no beneficial interest and could not initiate "<proceedings>"'. Zie ook hieronder in noot 27.

16. De Curaçaose Landsverordening geeft niet uitdrukkelijk aan op welke wijze een trust in het leven wordt geroepen: zij geeft weliswaar aan (art. 3:130 lid 1) dat de trustcreatie geschiedt bij notariële akte, maar geeft niet aan wat die notariële akte dient te behelzen teneinde een geldige trust in het leven te roepen. Slechts indirect valt daaruit op te maken dat, naast de *overdracht* ten titel van trust, tevens een eenzijdige verklaring, waarbij de settlor zelf tot trustee wordt, afdoende wordt geacht: zie ten aanzien hiervan art. 3:128 (handelende over de vernietiging van de trustcreatie): 'een verklaring van de insteller waarbij deze zelf tot trustee wordt' en art. 3:134 lid 2: 'de insteller kan trustee zijn'.

17. Er is veel misverstand ontstaan doordat niet alleen een 'declaration of trust', maar óók een 'transfer in trust' in het Anglo-Amerikaanse recht door een eenzijdige wilsverklaring in het leven kan worden geroepen. Een *overdracht* namelijk kan in het Anglo-Amerikaanse recht óók door middel van een *eenzijdige* rechtshandeling (die in een 'deed' is neergelegd) worden bewerkstelligd. Zie hierover Uniken Venema-Zwalve 2008, p. 174-176 en 324-329. Hierin is een onoverbrugbaar structuurverschil met het Nederlandse recht gelegen.

18. Zie daarvoor art. 3:127 lid 2 sub a en art. 155 lid 1 Curaçaose Landsverordening.

19. Zie hierover E. Cameron e.a., *Honore's South African Law of Trusts*, Lansdowne: Juta 2002 (5e druk), p. 143-146.

20. Aertsen 2004, p. 261 pleit ervoor in het komende Nederlandse trustrecht eveneens een mogelijkheid op te nemen waarbij de trustcreatie (en dus óók de afscheiding van het trustfonds van de rest van het vermogen van de insteller) bij eenzijdige rechtshandeling kan geschieden en wijst daartoe op de stichting, die eveneens bij eenzijdige rechtshandeling in het leven kan worden geroepen. Ik teken hierbij echter aan dat de aldus in het leven geroepen stichting slechts over een stichtingskapitaal beschikt ten gevolge van een *overdracht* door de oprichter aan de stichting.

termen uit te drukken, *activa*. De aanduiding 'trustfonds' valt daarom verre te prefereren boven die van 'trustvermogen'. Deze onzuiverheid in taalgebruik heeft zich in Curaçao op een wel uiterst spectaculaire wijze gewroken doordat de trustee daar wordt beschouwd als de opvolger *onder algemene titel* (*sic!*) van de insteller van de trust.²¹ De gedachte dat *schulden* zonder toestemming van de crediteur zouden kunnen worden overgedragen, laat staan dat het verhaalsobject ervan (het gehele vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 BW)) door de debiteur ervan zou kunnen worden beperkt tot enkele daarvoor door hem eenzijdig aangewezen vermogensbestanddelen (bijvoorbeeld hetgeen daarvan, na aftrek van het trustfonds, nog overblijft), is te gek voor woorden. Uiteraard is een dergelijke gedachte óók volstrekt vreemd aan het Anglo-Amerikaanse trustrecht.

Ik concludeer daarom dat een *inter-vivos*-trust, een trust die onder levenden wordt gevestigd,²² naar komend Nederlands trustrecht slechts kan worden gecreëerd doordat een rechthebbende tot een of meer bepaalde goederen deze ten titel van trust ten behoeve van een of meer begunstigten *overdraagt* aan een trustee (overdracht ten titel van trust).²³ De daartoe strekkende levering dient te geschieden op de wijze zoals voor de diverse verschillende goederen is voorgeschreven in art. 3:89-97 BW, zodat, als het trustfonds geheel of gedeeltelijk bestaat uit registergoederen, de overdracht daarvan tevens dient te worden geregistreerd in de daarvoor bestemde registers. De betrokkenheid van een notaris is in het laatstgenoemde geval onontbeerlijk; zij lijkt mij ook buitendien gewenst bij alle andere trustcreaties, zoals ook de Curaçaose Landsverordening doet.²⁴

De Curaçaose Landsverordening vermijdt bewust de aanduiding overdracht.²⁵ Zij doet zulks, naar eigen zeggen,²⁶ 'in navolging' van art. 2 lid 1 IPR Trustverdrag, dat spreekt over de insteller van een trust die zijn goederen ten titel van trustcreatie 'onder de macht' ('under

control') van een trustee brengt. Datzelfde Trustverdrag stelt echter in hetzelfde art. 2 lid 2 sub b vast dat 'title to the trust assets stands in the name of the trustee', hetgeen toch echt niets anders betekent dan dat de trustee de rechthebbende ('eigenaar') is van de goederen die tot het trustfonds behoren. De Nederlandse vertaling maakt hiervan het nietszeggende 'rechtstitel'. Wat er ook van deze uitdrukking zij, zij roept toch de vraag op langs welke weg die 'rechtstitel' in handen van de trustee is gekomen. Die vraag wordt niet beantwoord door de vaststelling dat die 'onder zijn macht' is gebracht. Slap (om niet te zeggen, benauwd) en bovendien *bewust* onnauwkeurig taalgebruik levert geen goede wetgeving op.

5. 'Powers'

Wie aan een of meer vermogensrechten een bijzondere bestemming wil geven door de opbrengsten (of het genot) ervan toe te laten komen aan een of meer begunstigten dient zich te realiseren dat die vermogensrechten ten gevolge van de trustcreatie aan het eigen vermogen worden onttrokken. De insteller van de trust verliest op deze wijze dus óók de bevoegdheid om naar eigen inzicht te beschikken over de met trust belaste goederen: die bevoegdheid ligt voortaan exclusief bij de trustee.²⁷ De trustcreatie dient, met andere woorden, een 'werkelijke' overdracht van het trustfonds door de insteller van de trust aan de trustee te behelzen. *Zo niet, dan is de trustcreatie nietig, want in strijd met art. 3:84 lid 3 BW.* Uiteraard is het mogelijk de bevoegdheden van de trustee aan banden te leggen door die in de trustakte nauwkeurig te omschrijven. Het is zelfs mogelijk overeen te komen dat de trustee zijn goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van de met trust bezwaarde goederen slechts zal mogen gebruiken met toestemming van een of meer van de begunstigten of zelfs van de insteller van de trust zelf. Ik vestig nu, in verband met het laatste, de aandacht op een opvallende bepaling van de Curaçaose Landsverordening, te weten haar art. 127 lid 3 die als volgt luidt:

21. Zie daarvoor J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012, afl. 6926, p. 288, l.k., onder verwijzing naar art. 3:145 lid 1 Landsverordening Trust: 'Een opvolgende of toetredende trustee verkrijgt van rechtswege het trustvermogen of een aandeel daarin *onder algemene titel*' (cursivering toegevoegd). Maar zie daarbij art. 127 lid 2 sub a: 'de goederen van de trust, hierna te noemen het *trustvermogen*' en art. 155 lid 2 van dezelfde Landsverordening: 'Het *trustvermogen* wordt gevormd door alle goederen waarop de trustee rechthebbende is.' Men mag de Curaçaose wetgever deze gaffes niet verwijten: zij zijn al te vinden in de beroerde wijze waarop de authentieke Engelse tekst van art. 2 lid 2 sub a IPR Trustverdrag ('Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts', *Trb.* 1985, 141) in het Nederlands is vertaald: 'the assets ("activa", "goederen") constitute a separate fund ("fonds") and are not a part of the trustee's own estate ("vermogen")'. Dat wordt dan: 'de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen [*sic*] en zijn geen deel van het vermogen van de trustee'. Zie overigens voor de rechtsverkrigging (onder *bijzondere titel*) van een opvolgende trustee in het huidige Engelse recht, hieronder in noot 83.
22. In de zo langzamerhand onstuitbaar geworden aandrang om allerlei rechtsfiguren Engelstalige namen te geven (óók daar waar Engelse juristen zich, zoals hier, als regel bedienen van Latijnse aanduidingen) gebruikt De Boer (2012, p. 287, r.k.) voor deze rechtsfiguur de aanduiding 'living trust'. 'Is there a *dead* one?', zou een Engelse jurist zich afvragen. Van een 'living trust' spreekt men (overigens alléén in de VS) in technische zin slechts in het bijzondere geval van een 'revocable trust'; zie daarover hieronder bij noot 41.
23. Een Anglo-Amerikaanse 'declaration of trust' komt, naar Nederlandse begrippen, neer op een beheersovereenkomst, waarbij de eigenaar/beheerder met een begunstigde overeenkomst een deel van zijn goederen ten behoeve van die begunstigde te beheren; bijzondere goederenrechtelijke rechtsgevolgen zijn daar in beginsel niet aan verbonden. Zie ook C./E. Uniken Venema & S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht* (Praeadvies van de 'Vereeniging Handelsrecht' 1990), Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 6, waar eveneens wordt gewezen op de noodzaak van de tussenkomst van een tussenpersoon (de van de insteller van de trust te onderscheiden trustee) bij de trustcreatie naar toekomstig Nederlands recht (t.a.p. p. 20).
24. Art. 130 lid 1 Landsverordening Trust: 'De instelling van de trust geschiedt bij notariële akte.'
25. Zie daarvoor de MvT bij art. 127, *Staten van de Nederlandse Antillen*, Zitting 2001/02, p. 5.
26. Zie voorgaande noot.
27. G. Thomas, 'Shams, Revocable Trusts, and Retention of Control', in: J. Glason & G. Thomas (red.), *The International Trust*, Bristol: Jordans 2006 (2e druk), p. 589: 'It is trite law that, once a trust is created, the settlor *qua* settlor no longer has any interest in or control over the trust assets.'

'Het is niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.²⁸

Wij betreden hier een uiterst delicaat terrein van het Anglo-Amerikaanse trustrecht dat ik bij deze gelegenheid onder de aandacht van de lezer wil brengen, te weten de uiterst belangrijke rol die de rechtsfiguur van 'powers of appointment' daarin speelt.²⁹

Met het begrip 'powers' duidt het Engelse recht de volmacht ('authority') aan. Het werd daarom oorspronkelijk in Engeland ook dikwijls gelijkgesteld aan het Romeins-rechtelijke *mandatum* ('mandate'),³⁰ de overeenkomst van lastgeving. In deze zin wordt het woord nog steeds gebruikt wanneer men spreekt van de verlening van 'powers of attorney', dat wil zeggen de verlening van een volmacht om de opdrachtgever te vertegenwoordigen. Continentale juristen zijn daarom licht geneigd óók de 'powers of appointment' in verband te brengen met rechtsfiguren als lastgeving, volmacht en vertegenwoordiging. Het Anglo-Amerikaanse recht legt deze verbanden in *dit* geval echter niet.³¹ De belangrijkste oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat de figuur van 'powers of appointment' is ontstaan binnen een juridische context die met lastgeving en vertegenwoordiging als zodanig niets uitstaande heeft. Zij dient te worden verklaard door het gegeven dat de overdracht ten titel van trust, naar hierboven reeds werd aangeduid, ten gevolge heeft dat het trustfonds wordt onttrokken aan het vermogen en daarmee óók aan de beschikkingsbevoegdheid van de insteller van de trust: beschikkingsbevoegd is nadien nog slechts de trustee. Dit creëert een bijzonder probleem dat slechts kan worden begrepen indien men zich bewust is van het feit dat de rechtsfiguur van de trust in het Engelse recht voornamelijk is ontstaan doordat daarin vóór 1540 (de 'Statute of Wills') *niet* bij testament over onroerend goed kon worden beschikt. Aangezien men daarover echter, al sinds 1290 (de 'Statute *Quia emptores*'), *wel* onder le-

venden (*inter vivos*) kon beschikken, ontstond de praktijk land *inter vivos* over te dragen aan een trustee onder de instructie om dat land, na de dood van de settlor, over te dragen aan een door deze aangewezen begunstigde.³² Feitelijk, maar *niet* rechtens, werd de trustee daardoor de 'executeur testamentair' van de insteller van de trust en de begunstigde diens legataris. Een testament echter is een *herroepelijke verklaring* van hetgeen men wil dat na zijn dood geschiedt, een 'transfer in trust' evenwel is een – in beginsel – *onherroepelijke beschikking*.³³ Dit verklaart het fenomeen van 'powers of appointment': de insteller van de trust behield zich, na de overdracht van de met trust bezwaarde goederen (land) aan een trustee, het recht voor ten aanzien daarvan *andere* begunstigten aan te wijzen dan degene (of degenen) die door hem bij de overdracht en de dientengevolge bewerkstelligde trustcreatie zelf als begunstigten waren aangewezen.³⁴ Ik geef, ter nadere verduidelijking van de hier aan de orde zijnde problematiek, een zo eenvoudig mogelijk voorbeeld.

Settlor A draagt een aan hem in eigendom toebehorende behuizing in trust over aan T met de instructie om daarop een recht van vruchtgebruik (een zogeheten 'estate for life') te vestigen ten gunste van zijn echtgenote X en het na haar dood over te dragen aan zijn kleinzoon Y, *of aan een van zijn andere kleinkinderen aan wie A nadien T zal instrueren de bewuste behuizing over te dragen*. De laatste voorziening behelst een voorbehoud van 'powers of appointment' ten gunste van de settlor van deze simpele trust. Sinds 1537 (de beruchte 'Statute of Uses') en tot 1925 (in Engeland) betekende dit zelfs dat het in de macht van A lag om, door de trustee T te instrueren *diens* onroerend goed niet aan Y maar aan Z (een van zijn andere kleinkinderen) over te dragen, de 'legal interest' (of, zo men wil, de 'legal title') in het onroerend goed *van rechtswege* (namelijk uit hoofde van de 'magic of the Statute of Uses') van T te laten verschuiven naar Z.³⁵ Zo beschikte dus de settlor door de uitoefening van zijn 'powers' over de goederen van een ander, namelijk die van de trustee (en – niet te vergeten – die van Y). Daarmee is de essentie van 'powers of appointment' weergege-

28. Ook in dit geval betreft het een aan het IPR Trustverdrag ontleende bepaling, te weten art. 2 lid 3 daarvan: 'The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust', 'vertaald' als in art. 127 lid 3 Curaçaose Landsverordening.

29. Zie daarover in het kort Uniken Venema-Zwalve 2008, p. 159 e.v.

30. Zie daarvoor Sir William Holdsworth, *An Historical Introduction to the Land Law*, Oxford: OUP 1927, p. 204.

31. Zie voor de achtergronden daarvan hieronder, in noot 35.

32. F.W. Maitland, *Equity*, p. 26: 'We find the landowner conveying his land to his friends. Why? Unquestionably the main reason is in order that he may in effect make a will. He will have the benefit and the profits while he lives, and after his death his friends will convey the land according to his direction.'

33. Zie daarvoor uitdrukkelijk *Mallot v. Wilson* [1903] 2 Ch. 494 op p. 498, bij monde van Byrne, J: 'A complete and executed deed cannot be revoked by the settlor, unless a power of revocation is expressly reserved'. Zie over het voorbehoud van 'powers of revocation' nader hieronder vanaf noot 38.

34. Strikt beschouwd, diende daarom de aanwijzing van andere begunstigten dan in de oorspronkelijke trustcreatie waren voorzien, te worden voorafgegaan door een herroeping van de eerdere beschikking. Voor het geval waarin de insteller van de trust zich de 'powers' wilde voorbehouden om *andere* begunstigten aan te wijzen dan hij oorspronkelijk had bedoeld, was daarom het voorbehoud van '(special) powers of revocation' onmisbaar: men sprak daarom van 'powers of revocation and new appointment': zie Sir Edw. Sugden (later: Lord Saint Leonards), *A Practical Treatise of Powers I*, London: Sweet 1845, p. 243: 'The instrument is, in construction of law, first a revocation of the old uses, and then a limitation of the new uses.'

35. Zie *Bishop of Oxon v. Leighton* (1700) 2 Vern. 376 (377); 23 ER 837 (838) bij monde van Lord Keeper Sir Nathan Wright: 'The Lord Dyer's *scintilla iuris* remains (...) and amounts unto a power of revoking, and limiting new uses.' Het waren de Statute of Uses en het daarmee verbonden beroemde (en beruchte) leerstuk van het 'vonkje recht' (*scintilla iuris* (zie daarover Uniken Venema-Zwalve 2008, p. 150)) die hebben geleid tot de bijzondere, goederenrechtelijke, betekenis van het begrip 'powers' in het Engelse recht. Zie daarvoor Sir William Holdsworth, *A History of English Law VII*, London: Methuen 1937, p. 156-159.

ven: zij behelzen niets minder dan een splitsing tussen de 'eigendom' (die zich bij de trustee bevindt) en de bevoegdheid om daarover te beschikken, waardoor *een derde*, degene die beschikt over 'powers of appointment' (de zogeheten 'donee'), de overgang (*en* het tenietgaan) van rechten kan bewerkstelligen die zich *niet* in zijn eigen vermogen bevinden.³⁶ Van deze mogelijkheid om, door middel van de verlening van 'powers', de beschikkingsbevoegdheid over een goed te splitsen van de formele eigendom ervan wordt in het Anglo-Amerikaanse recht – in het bijzonder in het onroerendgoedrecht, maar óók daarbuiten – veelvuldig gebruikgemaakt.³⁷ Wij hoeven in de verdere details van het leerstuk van 'powers' niet te treden, omdat hier slechts op twee aspecten ervan dient te worden gewezen.

6. 'Powers' en herroeping

Ten eerste: het gegeven dat door de verlening van 'powers' een element van *herroepelijkheid* wordt geïntroduceerd. Die herroepelijkheid betreft echter in het eenvoudige voorbeeld dat hierboven is gegeven *nietde trustcreatie zelf*, want in dat voorbeeld staat het de insteller van de trust weliswaar vrij om, in plaats van de aanvankelijk door hem aangewezen begunstigde, in ons voorbeeld Y, een van zijn andere kleinkinderen (Z) aan te wijzen als begunstigde, maar het onder trustverband geplaatste goed *blijft*, ondanks de reservering van 'powers of appointment' door de insteller, onttrokken aan diens vermogen. Men pleegt in zo'n geval te spreken van (de uitoefening van) 'special (soms ook "limited") powers'.³⁸ Dit is anders als de insteller zich zogeheten 'general powers' heeft voorbehouden, dat wil zeggen het recht om, in plaats van de oorspronkelijk aangewezen begunstigde, iedere willekeurige andere persoon, *inclusiefhemzelf*, als begunstigde aan te wijzen.³⁹ Dergelijke voorbehouden rechten kunnen worden uitgeoefend op een wijze die de trustcreatie zelf beïnvloedt, want zij kunnen neerkomen op wat, in feite, 'powers of revocation' zijn, dat wil zeggen de bevoegdheid van de insteller om de trustcreatie *als zodanig* ongedaan te maken, een bevoegdheid die de insteller zich bij de creatie van de trust uitdrukkelijk moet hebben voor-

behouden, want als dit niet is gebeurd, is de trustcreatie en de aanwijzing van de daardoor begunstigde personen (of rechtspersonen), zoals gezegd, onherroepelijk.⁴⁰ Het bestaan van dit soort 'powers' spreekt welhaast vanzelf als men zich bewust is van de hierboven reeds gememoreerde herkomst van de trustfiguur als zodanig. Het is in dit verband zelfs alleszins opvallend dat tegenwoordig de trustfiguur in het bijzonder in de Verenigde Staten *wederom* wordt gebruikt teneinde de plaats van het continentale testament in te nemen: de voorschriften die worden gesteld aan de vanwaardeverklaring ('probate') van testamenten zijn namelijk dusdanig kostbaar en tijdrovend dat het aanbeveling kan verdienen om, in plaats daarvan, alle activa van een vermogen ten titel van trust over te dragen aan een trustee (in feite, wederom, de 'executeur testamentair' van de insteller van de trust), met gedetailleerde instructies omtrent de verdeling ervan na het overlijden van de insteller ervan alsmede een daaraan toegevoegde algehele 'power of revocation' tijdens het leven van de insteller.⁴¹ Een dergelijke trust wordt een 'revocable trust' (soms ook een 'living trust') genoemd. Kenmerkend voor deze trustcreatie is, ten eerste, dat de daardoor beoogde begunstigten gedurende het leven van de insteller géén rechten aan de trust (kunnen) ontnemen en, ten tweede, dat de insteller tijdens zijn leven alle inkomsten uit het trustfonds geniet en bovendien te allen tijde gehele of gedeeltelijke uitkering van het trustfonds zelf kan vorderen. Het gaat daarbij dus, zoals gezegd, in feite om, vanuit het continentale perspectief beschouwd, 'gewone' testamentaire voorzieningen.⁴² Dergelijke 'revocable trusts' worden echter in het geboorteland van de trust zelf, Engeland, tegenwoordig met enige argwaan bezien omdat de mogelijkheid bestaat om ook *bij testament* dergelijke voorzieningen te treffen, hetgeen tot de gevolgtrekking heeft geleid dat een 'revocable trust' die, gelet op haar inhoud, *in feite* als een testamentaire beschikking dient te worden opgevat ook als zodanig door het recht wordt behandeld, zodat er, om maar eens iets te noemen, over de verkrijging successie-

36. Zie de definitie van Lord Jessel in *Freme v. Clement* (1881) 18 Ch. D. 499, op p. 504: 'A power of appointment is a power of disposition given to a person over property *not his own*' (cursivering toegevoegd).

37. De bijzondere werking van de Statute of Uses is, in Engeland, in 1925 afgeschaft. Na 1925 betekent dit dat, in het door ons gegeven voorbeeld, echtgenote X en kleinzoon Y 'equitable interests' onder de trustcreatie verkrijgen. De 'equitable interest' van de laatstgenoemde (Y) evenwel vervalt als de settlor zijn 'powers' uitoefent ten gunste van Z. Het mechanisme blijft dus gehandhaafd.

38. *In re Dilke (In re Dilke's Settlement Trusts)* [1921] 1 Ch. 34 (Court of Appeal), op p. 42, bij monde van Warrington LJ: 'Limited powers, which are sometimes also called special powers, are such as the donee can exercise only in favour of certain specified persons or classes', onder verwijzing naar G. Farwell, *A Concise Treatise on Powers* (in de door mij geraadpleegde editie (London: Stevens 1893) op p. 7). Het boek *On Powers* van Sir George Farwell (1845-1915), een rechter in de Court of Appeal, verving Lord Saint Leonard's handboek (zie hierboven in noot 34) als standaardwerk. Het meest recente handboek is van Geraint Thomas, *Thomas on Powers*, Oxford: OUP 2012 (2e druk).

39. *In re Dilke (In re Dilke's Settlement Trusts)* [1921] 1 Ch. 34 (Court of Appeal), op p. 41-42, bij monde van Warrington LJ: 'General powers are such as the donee can exercise in favour of such person or persons as he pleases, *including himself*', eveneens onder verwijzing naar Farwell *On Powers*. (cursivering toegevoegd).

40. *Mallot v. Wilson*, hierboven in noot 33.

41. Van niet te onderschatten belang is hierbij ook dat de 'probate'-procedure impliceert dat iemands vermogenstoestand, via de publiekelijk (tegenwoordig zelfs op internet) toegankelijke 'probate records', op straat komt te liggen.

42. D. English, 'The American Uniform Trust Code', in: D. Hayton (red.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 326: 'The revocable trust is the most common trust created today in the United States. The revocable trust in the United States is today largely used as a substitute for a will.' Dit bijzondere trustrechtelijke alternatief voor het testament is pas betrekkelijk recent, sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw, toegelaten. English verwijst, voor wat de VS betreft, naar *Farkas v. Williams*, (1955) 125 N.E. 2d 600, een beslissing van de Supreme Court of Illinois, als de 'leading case'.

rechten verschuldigd zijn.⁴³ In sommige gevallen⁴⁴ kan een dergelijke trust zelfs als een nietige testamentaire beschikking worden aangemerkt en wel als niet is voldaan aan de vormvoorschriften die daaraan krachtens Engelse wetgeving (Wills Act 1837, S. 9) zijn gesteld.

Het voorbehoud van 'general powers of appointment' kan neerkomen op wat, in feite, de uitoefening van 'powers of revocation' is als de insteller *zichzelf* als enige begunstigde⁴⁵ aanwijst. Dit betekent dat de settlor door zijn 'powers' uitsluitend ten gunste van zichzelf uit te oefenen de trustcreatie ongedaan maakt; de uitoefening ervan komt dan in feite neer op de herroeping van de trust omdat het trustfonds in een dergelijk geval terugvalt in het vermogen van de insteller; het gaat dan, zoals gezegd, in feite om 'powers of revocation'. Ik acht het, gelet op de bepaling van art. 3:127 lid 3 Curaçaose Landsverordening Trust, geboden aan deze mogelijkheid nog enige aandacht te besteden.

7. De insteller als (enige) begunstigde

Art. 3:127 lid 3 Curaçaose Landsverordening Trust stelt dat het gegeven 'dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden' niet, zoals het daar heet, 'noodzakelijkerwijs onverenigbaar' is met het bestaan van een trust.⁴⁶ Het gegeven nu dat de insteller van een trust zelf de begunstigde ervan kan zijn is zo oud als het (Engelse) trustrecht zelf. Het kan, zoals zoveel eigenaardigheden van het Engelse trustrecht, worden verklaard uit de oorspronkelijke opzet ervan: de creatie van een laatste wilsbeschikking ten aanzien van onroerend goed. Wie zijn land ten titel van trust overdraagt aan een trustee om dat na zijn dood over te dragen aan de door de insteller van de trust beoogde 'legataris' (de begunstigde) moet zich natuurlijk zelf, bij de trustcreatie, voor de duur van zijn leven een recht van vruchtgebruik voorbehouden, zoals wij zouden zeggen.⁴⁷ Daarom werd (en wordt) in dit soort gevallen de settlor van de trust aangewezen als de begunstigde 'for life' ten aanzien van het in trust overgedragen trustfonds (oudtijds veelal onroerend goed). De insteller van een trust kan daarom vanouds tevens de begunstigde van de trust zijn; problematischer wordt het echter als men zich de vraag stelt of hij de *enige*

begunstigde ('sole beneficiary') van het trustfonds kan zijn.

Trusts waarvan de insteller zelf de enige begunstigde is, zijn, althans naar Anglo-Amerikaans trustrecht, niet *ipso facto* nietig en kunnen zelfs een heilzaam doel dienen: veelvoorkomend zijn, bijvoorbeeld, trusts die ten behoeve van zichzelf in het leven worden geroepen door vermogende personen die lijden aan een alcoholverslaving, of een verslaving aan andere verdovende middelen. Deze worden door de (niet noodzakelijkerwijze tevens handelingsonbekwame) instellers in het leven geroepen teneinde te verhinderen dat hun hele kapitaal, dat door hen in een trustfonds wordt ondergebracht, ten gevolge van hun verslaving wordt uitgehold; zij zullen in de daaraan verbonden behoeften moeten voorzien uit de middelen die hun (daartoe) uit het trustfonds door de trustees ervan ter beschikking worden gesteld. Dergelijke trusts nu zijn, zoals gezegd, *niet* nietig, maar zij zijn *wel* herroepelijk, zelfs als de mogelijkheid tot herroeping uitdrukkelijk is uitgesloten.⁴⁸ Deze mogelijkheid tot herroeping is *niet* gelegen in een aan de trustcreatie inherente herroepelijkheid, want iedere trust is, naar hierboven reeds herhaaldelijk is benadrukt,⁴⁹ in beginsel onherroepelijk, maar is gelegen in het feit dat een begunstigde aan wie, zoals in dit geval, onvoorwaardelijk en als enige een exclusief recht op een zaak wordt toegekend die ten behoeve van hem in een trust is ondergebracht het trustverband kan verbreken en van de trustee kan verlangen hem die zaak in 'gewoon' eigendom over te dragen. De regel staat in het Engelse recht bekend als 'the rule in *Saunders v. Vautier*'⁵⁰ en wordt over het algemeen gerechtvaardigd doordat de verlening van een 'beneficial interest' onder een trust dient te worden opgevat als het equivalent naar 'equity' van een gift 'at law'. Net als het geval is met een regelrechte gift, verliest de 'trustor' door de vestiging van de trust iedere controle over het trustfonds. Als daarom alle door de trust begunstigde personen in leven en handelingsbekwaam zijn en bovendien een onvoorwaardelijk en onmiddellijk opeisbaar recht op uitkering uit het trustfonds hebben, dan moet hun niet de mogelijkheid worden ontnomen om gezamenlijk over het trustfonds als zodanig te beschikken, zelfs als dit ingaat tegen de wens van de insteller van de trust. De regel geldt daarom *a fortiori* als er, zoals hier, slechts één begunstigde is,⁵¹

43. *Cock v. Cooke* (1865-1869) L.R. 1 P & D 241 (243), bij monde van Wilde, J: 'It is undoubted law that whatever may be the form of a duly executed instrument, if the person executing it intends that it shall not take effect until after his death, and it is dependent upon his death for its vigour and effect, it is testamentary.'

44. Dit is in het bijzonder het geval, als de overdracht ten titel van trust is geschied onder de opschortende voorwaarde van de dood van de insteller, een zogeheten 'post-mortem'-trust. Zie G. Thomas 2006 (*supra* noot 27), p. 597-598.

45. Zie daarover aanstonds nader in de tekst.

46. De bepaling is, ook hier, ontleend aan art. 2 lid 3 IPR Trustverdrag.

47. Zie hierboven in noot 32.

48. Zie hierover Judit Ford Anspach, 'Trusts; Power of Settlor; Sole Beneficiary to Terminate an Irrevocable Trust', *Mississippi College Law Review* 2 (1981), p. 143-159.

49. Zie hierboven bij noot 33.

50. (1841) 4 Beav. 115; 49 ER 282; bevestigd in *Saunders v. Vautier* (1841) Cr. & Ph. 240; 41 ER 482. Zie over dit beginsel G. Thomas & A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford: OUP 2004, nr. 7.05-07 (p. 175-177) en mijn opmerkingen in *Simplex et perpetuum* (hierboven noot 5), p. 158-160.

51. Zie hiervoor Parker & Mellows (A.J. Oakley), *The Modern Law of Trusts*, London: Sweet & Maxwell 1994 (6e druk), p. 524.

in welk geval men pleegt te spreken van een 'bare trust'.⁵² Een dergelijke 'bare trust' maakt de, voor het Anglo-Amerikaanse trustrecht kenmerkende, scheiding tussen de 'legal title' van de trustee en de 'equitable title' van de begunstigde tot een 'blote' formaliteit,⁵³ reden waarom men soms ook pleegt te spreken van een 'formal sham'. De insteller van een dergelijke 'bare trust' beschikt dus impliciet over 'general powers of revocation' en uiteraard is de vraag gerezen of een aldus onder trustverband gebracht complex van vermogensrechten niet daadwerkelijk tot het vermogen van de insteller van de trust moet worden gerekend en diens gevolg vatbaar is voor beslag door diens crediteuren (waaronder, natuurlijk, de fiscus). Ik acht het geboden aan deze vraag enige aandacht te besteden, al was het slechts omdat ik verwacht dat deze vormen van trustcreatie in ons land de nodige belangstelling zullen krijgen, zo niet reeds nu hebben.⁵⁴

8. 'Powers' en 'property'

Tegen de mogelijkheid om een trustfonds waarvan de insteller zich 'general powers of appointment' heeft voorbehouden tot het voor beslag vatbare vermogen van de insteller te rekenen pleitten in Engeland (tot voor kort) enige overwegingen van hoogst leerstellende aard. Ten eerste het pretense dogma dat een streng onderscheid zou dienen te worden gemaakt tussen 'powers' en eigendom

('property'), hetgeen impliceert dat het trustfonds niet vatbaar is voor beslag door de crediteuren van de insteller van de trust die zich dergelijke 'powers' heeft voorbehouden.⁵⁵ Dit verschil wordt voornamelijk veroorzaakt doordat 'powers' een wilsrecht belichamen dat zich eerst *door de uitoefening ervan* tot een daadwerkelijk voor beslag vatbaar vermogensrecht materialiseert.⁵⁶ Ten tweede, en nauw met het voorgaande samenhangend, het gegeven dat de uitoefening van 'powers' berust op een hoogstpersoonlijk wilsrecht dat niet namens de daartoe gerechtigde (de 'donee' van de 'powers') door diens faillissementscurator kan worden uitgeoefend en waartoe hij bovendien niet door een gerecht kan worden gedwongen.⁵⁷ Daar staat echter tegenover dat ook al in het verleden menigeen niet heeft gearzeld de 'donee' van 'general powers' aan te merken als de eigenaar van de vermogensrechten die hij door middel van de uitoefening van die 'powers' kan verkrijgen.⁵⁸ Er bestaat zelfs een oude uitspraak waarin daaraan ook inderdaad de conclusie wordt verbonden dat die rechten *daarom* ook ten goede dienen

52. Zie Thomas & Hudson 2004, nr. 1.27 (p. 27).

53. Een vergelijkbare situatie doet zich voor als een goed ten titel van trust wordt overgedragen aan een trustee die in de trustakte tevens wordt aangewezen als *enige* begunstigde, of aan wie bij de trustakte 'general powers of appointment' worden verleend. Er is weliswaar ooit eens opgemerkt dat 'it is impossible for a man to be a trustee for himself' (zie voor dit adagium *Robinson v. Cuming* (1739) 1 Atk. 473; 26 ER 302), maar dit geldt slecht voor gevallen als zojuist bedoeld en dus niet, om maar eens een eenvoudig voorbeeld te noemen, voor het geval waarin een goed (een stuk land of een behuizing) 'in fee simple' (wij zouden zeggen, 'in eigendom'), ten titel van trust wordt overgedragen aan een aantal trustees ten behoeve van een van de trustees 'for life' (wij zouden zeggen, 'vruchtgebruik') en na afloop van diens genotsrecht ten behoeve van andere begunstigten. In dit laatste geval namelijk bestaat er een discrepantie tussen de bevoegdheden die aan de trustee als zodanig toekomen ('(mede-)eigendom') en de bevoegdheden die aan dezelfde trustee als begunstigde ('vruchtgebruik') toekomen; die discrepantie verhindert een 'merger' van diens 'equitable' en 'legal interest' en wel omdat die niet gelijkwaardig zijn. Zie voor een en ander *Brydges v. Brydges, Philips v. Brydges* (1796) 3 Ves. 120; 30 ER 926. Ook aan dit aspect van de trustcreatie (de trustee als begunstigde) wordt door de Curaçaose Landsverordening Trust in haar art. 3:127 lid 3 enige (summiere) aandacht besteed; de mij ter beschikking staande ruimte verbiedt het mij echter daarop nader in te gaan.

54. Ik wijs op het gebruik dat door het Nederlandse notariaat, binnen het kader van de 'estate-planning'-praktijk, wordt gemaakt van de door de nieuwe regeling van de schenking (art. 7:175-188 BW) geboden mogelijkheid tot het doen van een *herroepelijke* voorwaardelijke schenking onder levenden: zie daarvoor T.J. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht', *Nieuw Erfrecht* 2004, p. 39-42. Ik teken hierbij, wellicht niet geheel ten overvloede, aan dat de overdracht ten titel van trust door de insteller aan de trustee *niet* als een schenking aan de trustee dient te worden beschouwd: de schenking vindt, via (het vermogen van) de trustee, in materiële zin plaats aan de begunstigde.

55. Zie, bijvoorbeeld, *Ex parte Gilchrist (in re Armstrong)* (1886) 17 Q.B.D. 521 (Court of Appeal), bij monde van Lord Esher MR op p. 526: 'The distinction between a power of appointment over property and property has always been recognised, and it has always been held that an *unexercised* power is not the "property" of the donee of the power' (cursivering toegevoegd).

56. Een en ander wordt helder uiteengezet door de Master of the Rolls Sir William Grant in *Holmes v. Coghill* ((1802) 7 Ves. Jun. 499(505-506); 32 ER 201 (203-204)) die een vergelijking maakt tussen de *in casu* bedoelde 'powers' (de bevoegdheid van de 'settlor' om een bedrag van £ 2000 te onttrekken aan het trustfonds middels een tot de trustee gerichte 'deed') en een opeisbare vordering tot betaling van een geldsom (die *wel* vatbaar is voor beslag): 'There is an evident difference between a power and an absolute right of property: not so much with regard to the party possessing the power, as to the party to be affected by the execution of it. If our attention is to be confined to the former entirely, there is no reason, why the money he has a right to raise should not be considered his property, as much as a debt he has a right to recover. But the latter can only be charged in the manner, and to the extent, specified at the creation of the power.' Dit betekent dat, zolang degene die beschikt over de hier bedoelde 'powers' (de zogeheten 'donee') die bevoegdheid *niet* daadwerkelijk en op de daartoe voorgeschreven wijze (*i.c.* middels een daartoe strekkende 'deed') heeft uitgeoefend, die 'powers' niet vatbaar zijn voor een (derden)beslag dat de trustee tot uitkering aan anderen dan de 'donee' verplicht. Ik wijs op de overeenkomst die bestaat tussen deze gedachten en die welke ten grondslag liggen aan het bekende arrest van de Hoge Raad: HR 29 oktober 2004, NJ 2006/203 (*Van den Berg/ABN AMRO c.s.*).

57. Lord Eldon in *Thorpe v. Goodall* ((1811) 17 Ves. Jun. 388(393); 34 ER 150 (152)): 'I cannot see my way to compel the execution of this power (...) the creditors have nothing to do with the power, *unless the party chooses to execute it*' (cursivering toegevoegd).

58. Zie *In re Hughes (Hughes v. Footner)* [1921] 2 Ch. D. 208, bij monde van rechter Sargant op p. 212: 'a general power which the donee may exercise for his own benefit, is equivalent to property'; en rechter Upjohn in *In re Triffitt's Settlement (Hall v. Hyde)* [1958] Ch. 852, op p. 861: 'where there is a completely general power in its widest sense, that is tantamount to ownership'.

te komen van zijn crediteuren.⁵⁹ Het Engelse recht nu is, nadat daar door recente wetgeving en rechtspraak⁶⁰ de zojuist genoemde leerstellige bezwaren zijn weggenomen die zich verzetten tegen de gelijkstelling van 'general powers' (waaronder 'powers of revocation') en 'absolute ownership', deze weg ingeslagen: in *Tassaruf Mevduati Sigorta Fonu v. Merrill Lynch Bank and Trust Co Ltd a.o.*⁶¹ is door de Engelse Privy Council beslist dat 'there is no invariable rule that a power is distinct from ownership', zodat de privécrediteuren van de insteller van een trust die zich 'powers of revocation' had voorbehouden in de gelegenheid werden gesteld zich óók op het trustfonds te verhalen. Met andere woorden: als de insteller zich 'general powers' en 'powers of revocation' voorbehoudt, is er, althans naar Anglo-Amerikaans recht, niet of nauwelijks nog sprake van een echte trust.⁶²

Het behoeft, naar mij dunkt, nauwelijks betoog dat aan 'revocable trusts' zoals hierboven beschreven in een 'civil-law'-jurisdictie zoals de onze (en de Curaçaose) geen enkele behoefte bestaat. Een dergelijke trust is, naar Nederlandse vanzelfsprekendheden, bovendien *nietig* en wel omdat hij niet beantwoordt aan het vereiste van art. 3:84 lid 3 BW. Men kan het ook anders, de woorden van Meijers parafraserend,⁶³ formuleren: 'wie zijn goederen na zijn dood op een bepaalde wijze wil verdelen, maar zich het recht wil voorbehouden om daarop gedurende zijn leven op een hem conveniërend tijdstip terug te komen, moet een *testament* maken'.⁶⁴

9. 'Powers of appointment' en beschikkingen over rechten van derden

Ten tweede is de verlening van 'powers of appointment' zoals het Anglo-Amerikaanse recht die kent – dat wil dus zeggen, in de vorm van een van het eigendomsrecht (of van een bijzonder daartoe strekkend beperkt recht, zoals het recht van pand of hypotheek) *onafhankelijke* bevoegdheid om over andermans goed te beschikken – onverenigbaar met een van de aan ons goederenrecht ten grondslag

liggende basisbeginselen, te weten de regel dat het niet in de macht *van een derde* mag staan om tegen de wil van de rechthebbende de overgang (of het tenietgaan) van vermogensrechten te bewerkstelligen. Men vindt deze regel weliswaar nergens in het BW uitdrukkelijk verwoord, maar ik moge de toepassing ervan aan een tweetal voorbeelden verduidelijken.

Tijdens de voorbereidingswerkzaamheden aan het huidige BW is de vraag aan de orde gesteld op welke wijze de overgang van een vordering ten gevolge van de cessie daarvan, anders dan door mededeling, kon plaatsvinden. Naar het gemene Romeinse recht,⁶⁵ het destijds geldende moderne Franse recht⁶⁶ en het tot op dan geldende Nederlandse recht⁶⁷ kon de overgang van de gecedeerde vordering uit het vermogen van de cedent in dat van de cessionaris óók worden bewerkstelligd doordat de debiteur van de gecedeerde vordering door middel van een eenzijdige rechtshandeling de cessionaris als zijn nieuwe schuldeiser erkende. Deze mogelijkheid nu werd door de samenstellers van het nieuwe BW op systematische grond uitdrukkelijk verworpen en wel onder verwijzing naar het zojuist genoemde beginsel: 'het mag niet in de macht van deze derde (d.i. de debiteur van de gecedeerde vordering) staan om – wellicht tegen de wens van de vervreemder en de verkrijger beiden – de overgang van een recht te bewerkstelligen'.⁶⁸ Uiteraard is het naar huidige Nederlands recht mogelijk dat een derde, in de betekenis van een ander dan de rechthebbende, maar vrucht over andermans goederen kan 'beschikken', maar dan geschiedt een dergelijke beschikking altijd krachtens last, opdracht of volmacht van de rechthebbende zelf, hetgeen betekent dat een dergelijke beschikking moet worden toegeschreven aan de opdracht- of lastgever, *niet* aan de derde die de opdracht of de last uitvoert door, bijvoorbeeld, een overdracht te bewerkstelligen. Met *privatieve* werking – dat wil zeggen, dusdanig dat daardoor de beschikkingsbevoegdheid zelf aan de opdrachtgever wordt ontnomen – kan een dergelijke volmacht bovendien *niet*

59. *Bainton v. Ward* (1741) 2 Atk. 172; 26 ER 507 bij monde van Lord Hardwicke op p. 172 (508): 'where there is a general power given or reserved to a person for such uses, intents and purposes as he shall appoint, this makes it his absolute estate, and gives him such dominion over it, as will subject it to his debts' (cursivering toegevoegd).

60. In het bijzonder *Masri v. Consolidated Contractors International (UK) Ltd a.o.* [2008] EWCA Civ. 303; [2009] QB 450.

61. [2011] UKPC 17; [2012] WLR 1721; [2011] 4 All ER 704.

62. Vgl. ook het oordeel van M.W. Lau, 'The Boundaries of the Trust Concept', in: M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts: Towards a Property-Based Approach*, Oxford: OUP 2011, p. 177: 'if the settlor retains the power to revoke the trust, he crosses the thin red line'; en zijn conclusie op p. 178: 'the proper role of the settlor includes dictating the terms of the trust and even participating in aspects of investment and distribution. But he overreaches himself as soon as the beneficiaries as a class can no longer be certain that they hold the residual claim: at this point, a trust purportedly for non-settlor beneficiaries is no longer a trust' (cursivering toegevoegd).

63. Zie hierboven in noot 5.

64. Bij alle belangstelling die de laatste jaren op het West-Europese continent voor de Anglo-Amerikaanse trust is ontstaan, blijft één vraag als regel onbesproken en dat is deze: waarom heeft men het eigenlijk op datzelfde West-Europese continent eeuwenlang *zonder* een dergelijke rechtsfiguur kunnen stellen? Het antwoord daarop is simpel: dankzij de receptie van het Romeinse recht was dat continent gezegend met het bezit van een testamentair erfrecht dat beschikkingen ter zake des doods (zoals fidei-commissaire substituties) mogelijk maakte die in het Engelse recht lange tijd slechts door middel van een *inter-vivos*-trust waren te realiseren. Het verbod van fidei-commissaire substitutie dat door de Code civil werd geïntroduceerd (art. 896 Cc) en in het oude BW werd overgenomen (art. 926 OBW) beknotta de Romeinsrechtelijke mogelijkheden weliswaar, maar sinds dat verbod ten onzent in het nieuwe erfrecht is weggefallen, bestaat er – althans in Nederland – geen enkele behoefte meer aan bij testament ingestelde trusts die ten doel hebben de inkomsten uit een of meer goederen van een testator (binnen zekere grenzen) ten goede te laten komen aan een aantal elkander in de tijd opvolgende rechthebbenden: de voorwaardelijke legaten van het nieuwe Nederlandse erfrecht maken (weer) vormen van 'estate planning' mogelijk die in het Anglo-Amerikaanse (en zeker in het huidige Engelse) recht slechts langs de weg van een trustcreatie te verwirkelijken zijn.

65. Zie de bepaling van C. 8,41,3.

66. Zie art. 1690 lid 2 Cc.

67. Zie art. 668 lid 2 OBW.

68. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 396.

worden gegeven:⁶⁹ ook hierin vindt men een toepassing van het zojuist gememoreerde goederenrechtelijke basisbeginsel.

Het voorgaande impliceert dat de 'bepaalde'⁷⁰ rechten en bevoegdheden die de insteller van de trust zich, ingevolge art. 127 lid 3 Curaçaose Landsverordening (en art. 2 lid 3 IPR Trustverdrag), ten aanzien van de onder trustverband staande goederen kan voorbehouden in een systeem als het onze, *anders dus dan in het Anglo-Amerikaanse recht*, slechts betrekking kunnen hebben op *obligatoir* werkende 'rechten en bevoegdheden', dat wil zeggen dat die 'rechten en bevoegdheden' slechts kunnen worden ingeroepen *tegen de trustee*, nimmer tegen derden. Ik wees hierboven reeds op een beding, inhoudende dat de trustee zijn bevoegdheden ten aanzien van de met trust bezwaarde goederen slechts zal mogen gebruiken met toestemming van een of meer van de begunstigten of zelfs de insteller van de trust. Als de trustee in strijd handelt met een dergelijk beding, is hij op grond van wanprestatie aansprakelijk jegens degene ten gunste van wie het beding is gemaakt (een begunstigde, of de insteller van de trust) en kan hij, op die grond, zelfs worden vervangen door een andere trustee (of trustees). Tegen derden evenwel, aan wie de tot het trustfonds behorende goederen door de trustee in strijd met een dergelijk beding zijn vvreemd, beschikt de begunstigde slechts over een vordering uit onrechtmatige daad *indien daartoe gronden zijn*. Ik teken hierbij, wellicht niet geheel ten overvloede, nog het navolgende aan.

Een beding krachtens hetwelk de trustee niet, of slechts na verkregen toestemming van de insteller van de trust, bevoegd zal zijn om over de tot het trustfonds behorende goederen te beschikken heeft, naar de algemene begrippen van het vermogensrecht, slechts *obligatoir* werking voor zover het de tot die goederen behorende *zaken* betreft (art. 3:83 lid 1 BW). Ten aanzien van de tot het trustfonds behorende vorderingsrechten (men denke in het bijzonder aan banktegoeden) lijkt dit, althans op het eerste gezicht, anders te liggen; deze immers kunnen, zo zou men kunnen denken, ten gevolge van een daartoe strekkend beding onvervreemdbaar worden gemaakt (art. 3:83 lid 2 BW). Men dient evenwel te bedenken dat het veelbesproken goederenrechtelijk werkende cessieverbod⁷¹ slechts ziet op de vordering die 'door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar' (art. 3:83 lid 2 BW) onoverdraagbaar is gemaakt, *niet* op een in beginsel overdraagbare vordering die door een beding tussen cedent *en* cessionaris onvervreemdbaar is gemaakt. Indien een vordering *naar haar inhoud*, voor zover schuldeiser en schuldenaar die bij de totstandkoming ervan hebben vastgesteld, overdraagbaar is, geldt voor dat aldus tot stand gekomen vorderingsrecht de algemene bepaling van art. 3:83 lid 1 BW, te weten dat

ook dát overdraagbaar is, zodat aan een eventuele vvreemdingsverbod dat is vastgesteld tussen cedent *en* cessionaris slechts *obligatoir* werking toekomt, evenals bij (de overdracht van) zaken het geval is. Hetzelfde geldt daarom ook voor een beding waarbij is bepaald dat de cessionaris (de trustee) slechts met toestemming van de cedent (in ons geval, de insteller van de trust) over het aan hem overgedragen vorderingsrecht mag beschikken: ook voor dit beding geldt dat daaraan slechts *obligatoir* werking is verbonden. Nu kan men tegenwerpen dat dergelijke, *in beginsel* slechts *obligatoir* werkende, bedingen in feite kunnen leiden tot een volledige 'ontmaching' van de trustee, zeker als men bedenkt dat die bedingen kunnen zijn versterkt door zakelijke zekerheidsrechten (hypotheeken en pandrechten) op de met trust bezwaarde goederen, of zelfs, tot nog meerdere zekerheid van de vordering onder de opschortende voorwaarde van wanprestatie van de trustee, op diens *eigen* goederen. Ook hier kan art. 3:84 lid 3 BW een belangrijke rol spelen, want bedingen zoals die welke ik zojuist noemde leiden, ingevolge dit artikel, tot nietigheid van de trustcreatie indien daardoor de beschikkingsmacht over het trustfonds *in feite* geheel aan de trustee wordt onttrokken. Er is dan immers geen sprake van een 'werkelijke' overdracht van het trustfonds, omdat de beschikkingsmacht daarover *feitelijk* in de macht van de insteller van de trust blijft. Of daarvan in een incidenteel geval inderdaad sprake is, is dus een vraag van *feitelijke* aard en leent zich daarom niet of nauwelijks voor nadere *wettelijke* invulling anders dan die welke door art. 3:84 lid 3 wordt geboden. Ik wijs in dit verband op interessante recente rechtspraak waarin, ondanks de zeer ruime mogelijkheden die de verlening van 'powers' aan de insteller van de trust in het Anglo-Amerikaanse recht bieden, de grenzen daarvan aan de orde worden gesteld en zelfs de trustcreatie als een 'sham' terzijde wordt geschoven. Ik doel in het bijzonder op de zaak *Abdel Rahman v. Chase Bank (C.I.) Trust Comp. Ltd.a.o.*⁷² die in 1991 door de Royal Court of Jersey werd beslist.

10. A sham

De zaak *Abdel Rahman v. Chase Bank (C.I.) Trust Comp. Ltd.* (hierna: *Rahman*) is om verschillende redenen interessant, zeker vanuit het perspectief van een Nederlandse jurist en wel omdat de zaak betrekking heeft op een trust die *niet* was ingebed binnen de context van het Engelse trustrecht, maar in die van het Kanaaleiland Jersey, in meer dan één opzicht een *echte* 'civil-law'-jurisdictie, méér nog zelfs dan de onze want op Jersey heerst nog steeds het Romeinse recht naast de oude Coutume de

69. De privatieve last van art. 7:423 BW is de (overigens moeilijk in het systeem van het goederenrecht inpasbare) uitzondering op deze regel: zie, in plaats van anderen, Pitlo/Reehuis, *Goederenrecht*, 2006, nr. 139 en 141.

70. Ik heb een afkeer van dit adjectief omdat het niet zelden, zoals ook hier, wordt gebruikt ter maskering van het feit dat men geen idee heeft van de inhoud van het daaropvolgende substantief, of die, zo men dat al wel heeft, bewust wil verzwijgen.

71. Zie daarover F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, Deventer: Kluwer 2003 en M.H.E. Rongen, *Cessie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 667-794.

72. 1991 *Jersey Law Reports (JLR)* 103. De *Jersey Law Reports* waren tot voor kort om niet op het internet raadpleegbaar; sinds kort evenwel zijn zij nog slechts tegen een (substantiële) vergoeding toegankelijk. Dat is jammer en is een voorbode van hetgeen ons in de toekomst te wachten staat: de veelgeprezen (en schromelijk overschatte) 'informatierevolutie' komt slechts ten goede van degenen die zich de luxe kunnen veroorloven ervoor te kunnen (blijven) betalen!

Normandie.⁷³ De Kanaaleilanden nu behoren, naar ieder weet, tot de favoriete 'off-shore'-bestemmingen in Europa. Uiteraard is daar ook, ter facilitering van de buitenlandse clientèle, een bijzonder trustrecht tot ontwikkeling gebracht. Tot het midden van de negentiende eeuw kende het recht van Jersey weliswaar niet of nauwelijks trusts,⁷⁴ maar daarin is in de loop van de vorige eeuw verandering gekomen. Aanvankelijk moest daarvoor dus aansluiting worden gezocht bij het lokale costumiere en Romeinse recht en gelukkig bevat de oude toverdoos die Corpus Iuris heet daarvoor bruikbare instrumenten, in het bijzonder natuurlijk de fidei-commissaire substitutie *inter vivos*.⁷⁵ Het huidige trustrecht van Jersey wordt weliswaar voornamelijk beheerst door de Trust (Jersey) Act van 1984, waarin aansluiting wordt gezocht bij het heersende Engelse recht, maar dat kon in de *Rahman*-zaak nog niet worden toegepast omdat de trust in kwestie in 1977 was gecreëerd.⁷⁶ In de zaak ging het om een trust die was gecreëerd door de in 1980 overleden steenrijke Palestijnse entrepreneur Kamel Abdul Rahman. Bij de trustcreatie was op wel zeer omvangrijke schaal gebruikgemaakt van de mogelijkheid die het Engelse recht biedt om de beschikkingsbevoegdheid van de trustee te beperken door middel van 'powers' die de insteller van de trust, Abdul Rahman, zich had voorbehouden. De creatie van de trust had – opvallend genoeg, gelet op hetgeen hierboven is opgemerkt over de herkomst van de Engelse trust – ook hier tot strekking bepaalde regels van erfrecht (in dit geval van islamitisch erfrecht) te omzeilen. Met die bedoeling droeg Rahman ten titel van trust een tegoed van om en nabij \$ 11 000 000 dat hij bij de Chase Manhattan Bank in Genève had over aan de trustee, de eerste gedaagde in deze zaak. De inhoud van de 'trust deed' (die feitelijk een testament bevatte) was in Londen opgesteld door een daar gevestigd advocatenkantoor dat zich daartoe, opmerkelijk genoeg, niet had laten bijstaan door een jurist uit Jersey die van het daar geldende recht op de hoogte was. In de trustakte waren een aantal clausules opgenomen die de zojuist bedoelde vergaande 'powers' van de insteller van de trust, Rahman (die werd bijgestaan door een Libanese (*sic*) jurist), bevatten, waaronder (om slechts enkele te noemen) de navolgende:

- dat Rahman gedurende zijn leven bevoegd was om, in de plaats van de door hem aangewezen begunstig-

den (zijn moeder, zijn echtgenote en enige van zijn kinderen en kleinkinderen) andere begunstigden te benoemen (clause 4); en dat hij, bij ontstentenis van een dergelijke keuze

- gedurende zijn leven bevoegd was om, desgewenst, ieder jaar een derde gedeelte aan het trustfonds te onttrekken (clause 4); en dat
- de trustees, gedurende het leven van de insteller (Rahman), bevoegd waren het trustfonds of de opbrengst ervan uit te keren aan Rahman en dat zij zich bij de uitoefening van die bevoegdheid uitsluitend en alleen moesten laten leiden door de belangen (en wensen) van de insteller, zonder daarbij de belangen van de overige begunstigden te laten meewegen (clause 10).

Na de dood van de heer Rahman vocht zijn weduwe de geldigheid van de trust aan, zulks teneinde het islamitische intestaat erfrecht in werking te doen treden dat in haar voordeel werkte. Haar belangrijkste argument bestond uit de stelling dat de insteller van de trust, door de hierboven genoemde clausules in de trust deed, *feitelijk* de controle over het trustfonds had behouden, al was het slechts omdat het hem mogelijk was om, door de uitoefening van de hierboven genoemde 'powers' (clause 4 (Rahman had tijdens zijn leven geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid andere begunstigden te benoemen)), het trustfonds uit te putten ten nadele van de daarin benoemde overige begunstigden. Zij stelde bovendien dat de trustees, in het bijzonder ten aanzien van de 'bevoegdheid' die hun in clause 10 was toegekend, geen enkele discretie aan de dag hadden gelegd en de opdrachten van en ten behoeve van de heer Rahman hadden uitgevoerd zonder daarbij enige rekening te houden met de belangen van de andere 'beneficiaries' van de trust. Er zou dus, om het in *Sogelease*-termen uit te drukken, in dit geval geen sprake zijn geweest van een 'werkelijke' overdracht van het trustfonds en derhalve zou de trust nietig zijn. De eiseres baseerde zich daartoe in juridische zin op een bekend adagium uit het oud-Franse recht, te weten de maxime 'donner et retenir ne vaut'.⁷⁷ De Royal Court of Jersey stelde haar in het gelijk en verklaarde de door Rahman in het leven geroepen trust nietig, als zijnde 'a sham'.⁷⁸

73. De belangstellende lezer zij voor nadere details omtrent de gelding van het Romeinse recht op Jersey verwezen naar mijn bijdrage 'Snell v. Beadle; the Privy Council on Roman Law, Norman Customary Law and the Ius Commune', in: L. de Ligt e.a. (red.), *Viva Vox Iuris Romani, Essays in Honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam: Gieben 2002, p. 379-386.

74. Zie de *Report of the Commissioners Appointed to Inquire into the Civil, Municipal, and Ecclesiastical Laws of the Island of Jersey*, London: Her Majesty's Stationery Office 1860, p. xxiv-xxvi.

75. Zie daarvoor Pothier, 'Traité des Substitutions' (Sect. 1, Art. 1), in: *Oeuvres de Pothier* X, Paris: Beaucé 1819, p. 576-577. In *Abdel Rahman v. Chase Bank* 1991 JLR 103, wordt op p. 130-131 naar deze plaats verwezen; zie daarvoor ook verder in de tekst. Ook in Zuid-Afrika, waar de trust moest worden ingebed in het Rooms-Hollandse recht, zijn in het verleden pogingen ondernomen de trust te benaderen vanuit het testamentaire fidei-commis en het fidei-commis *inter vivos*. De belangstellende lezer zij daarvoor verwezen naar R.W. Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford: OUP 1925 (2e druk), p. 340 e.v. en T. Honoré, 'Trust', in: R. Zimmermann & D. Visser (red.), *Southern Cross, Civil law and Common law in South Africa*, Kenwyn: Juta 1996, p. 849-872. Naar huidig Zuid-Afrikaans recht worden de beide rechtsfiguren evenwel, zij het soms moeizaam, onderscheiden: zie E. Cameron e.a., *Honoré's South African Law of Trusts*, 2002, p. 54-62.

76. Zie hiervoor *Rahman* op p. 146, r. 35-42.

77. Zie daarover Ant. Loysel (Dupin en Laboulaye), *Institutes coutumières*, II, Paris: Durand 1846, nr. 659 (p. 92-95); R.-J. Pothier, 'Traité des Donations entre-vifs' (Sect. 2, Art. 2, §§ 2 en 3), in: *Oeuvres de Pothier* XI, Paris: Beaucé 1819, p. 42-45.

78. Ondertussen is er nieuwe wetgeving in Jersey ingevoerd die veel ruimere 'powers' toelaat dan onder de oude maxime 'donner et retenir ne vaut' zouden zijn toegestaan. Daartoe is besloten teneinde de concurrentieslag met de andere, voornamelijk Caraïbische, bestemmingen van vreemd kapitaal te kunnen blijven volhouden. Zie voor een overzicht van die bestemmingen en de daar op dit punt geldende wetgeving

11. Donner et retenir ne vaut

De maxime 'donner et retenir ne vaut', die een beslissende rol heeft gespeeld in de hierboven in het kort geschetste procedure, drukt naar mijn gevoelen op adequate wijze uit waar de grens ligt die bij het voorbehouden van 'powers', of de 'bepaalde rechten' van de Curaçaose Landsverordening, niet mag worden overschreden. Zij is, zoals gezegd, afkomstig uit het oud-Franse recht en heeft haar weg gevonden in de Franse Code civil en vandaar óók in het Oude Nederlandse BW (OBW); ik bedoel natuurlijk de bepaling van art. 1703 OBW (art. 894 Cc), waarin de onherroepelijkheid van de schenking werd (en, voor wat het huidige Franse recht betreft, wordt) benadrukt. Het OBW werkte het beginsel van de onherroepelijkheid bovendien als volgt nog eens uit in art. 1705:

'De schenker mag zich niet voorbehouden de bevoegdheid om over een voorwerp, in den schenking begrepen, te beschikken; zoodanige schenking wordt, voor zoo veel dat voorwerp aangaat, als nietig beschouwd.'

De bepaling werd door verschillende auteurs over het OBW⁷⁹ als gedeeltelijk overbodig beschouwd, namelijk voor zover zij slechts een toepassing van het onherroepelijkheidsbeginsel van art. 1703 OBW behelsde. Het gaat immers niet aan, schreef bijvoorbeeld Diephuis, 'iets op die wijze aan iemand toe te kennen, en daarbij tevens aan zich het regt te houden om daarover anders te beschikken; een zoodanig voorbehoud sluit eene wezenlijke overdracht uit'.⁸⁰ Anders gezegd: door een dergelijk voorbehoud ontvalt de titel aan de door de stipulator beoogde overdracht.⁸¹ Nu is het weliswaar zo dat de door middel van art. 1703 en 1705 OBW benadrukte onherroepelijkheid van de schenking in de nieuwe regeling van het schenkingsrecht in art. 7:175-188 BW niet meer terugkeert, maar het *blijft* onmogelijk om bij een schenkingsovereenkomst een goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde van herroeping op te nemen en wel omdat daardoor een goederenrechtelijke bevoegdheid zou worden gecreëerd die niet past in het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden van de wet, te weten een zogeheten 'bedongen naastingsrecht'.⁸² De creatie van een dergelijke bevoegdheid is, anders gezegd, in strijd met art. 3:84 lid 3 BW. Toegepast op de hier aan de orde zijnde trustrechtelijke problematiek, betekent dit dat de insteller van de trust zich niet de bevoegdheid kan voorbehouden om over de in trust over te dragen goederen *in goederenrechtelijke zin* te beschikken. Hij mag de trustee aanwijzingen geven; hij mag de trustee contractueel verbinden om niet dan na zijn verkregen toestemming over tot het trustfonds behorende goederen te beschikken; hij mag zich zelfs het recht voorbehouden an-

dere begunstigden aan te wijzen dan die welke in de instellingsakte als zodanig zijn genoemd, maar hij mag – en kan – zich *niet* het recht voorbehouden om *in goederenrechtelijke zin* te beschikken over goederen die hij in trust heeft overgedragen.

12. Andere mogelijkheden tot beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de 'trustee'

Zo concludeer ik dat art. 3:84 lid 3 BW een belangrijke rol moet krijgen toebedeeld in het komende Nederlandse trustrecht. Het is de functie van dat wetsartikel om niet als serieus bedoelde overdrachten ten titel van trust tegen te gaan door, om het eens in termen van het Anglo-Amerikaanse recht te zeggen, in dergelijke gevallen een 'merger' van de 'equitable interest' en de 'legal interest' te bewerkstelligen. Dit geschiedt, in Nederlandse begrippen, doordat het artikel impliceert dat bedingen in de trustakte krachtens dewelke de trustee niet bevoegd zal zijn om over het trustfonds te beschikken, of daarover slechts zal mogen beschikken met toestemming van de insteller van de trust, dan wel een of meer van de begunstigden, slechts obligatoire werking kunnen hebben en tot nietigheid van de overdracht ten titel van trust leiden indien daardoor de beschikkingsmacht over het gehele trustfonds aan de trustee wordt onttrokken. Het stelt, op deze wijze, paal en perk aan de wens van de insteller om over 'zijn' onder trustverband geplaatste goederen naar eigen goeddunken en inzicht te kunnen blijven beschikken: 'donner et retenir ne vaut', of, om het eens anders te zeggen, 'you can't have your cake and eat it'. Die wens valt, binnen de context van het geldende Nederlandse vermogensrecht, op geen enkele andere wijze te verwirkelijken dan langs verbintenisrechtelijke weg. Ik wijs echter op nog een andere mogelijkheid waarvan in het Anglo-Amerikaanse trustrecht gebruik wordt gemaakt teneinde de bevoegdheden van de 'trustee' te onderwerpen aan de wil (en de controle) van de insteller van de trust.

Het is in Anglo-Amerikaanse trustaktes niet ongebruikelijk dat de trustee onder curatele van de insteller van de trust wordt geplaatst door middel van het voorbehoud van het recht van de insteller om op ieder, hem conveniërend, moment nieuwe of andere trustees te benoemen, hetgeen óók als een 'power of appointment' (ditmaal van een nieuwe 'trustee') wordt opgevat. Gelet op het feit dat het trusteeschap al lang niet meer bestaat uit een vrienden dienst, maar in de Anglo-Amerikaanse wereld in belangrijke mate is gecommmercialiseerd, betekent dit dat de trustee zich feitelijk zal richten naar de wensen van de insteller omdat hij deze klant (en, vooral, diens bij hem

Chr. McKenzie, 'Having and Eating the Cake: a Global Survey of Settlor Reserved Power Trusts: Part 2', *Private Client Business (PCB)* 2007, p. 428-440. Het is met (dubieus) geld als met water: het zoekt altijd de diepst gelegen (beer)put.

79. Zie, bijvoorbeeld, Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 565.

80. G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt* XI, Groningen: Wolters 1888, p. 451 (cursivering toegevoegd).

81. Zo men wil, kan men óók hierin een toepassing zien van het hierboven ter sprake gebrachte algemene vermogensrechtelijke beginsel dat het niet in de macht van derden (in de betekenis van anderen dan de rechthebbenden zelf) mag staan om de overgang (of het tenietgaan) van rechten te bewerkstelligen.

82. Ik verwijs voor de noodzakelijke toelichting bij deze stelling naar mijn opmerkingen in 'Géén naasting bij schenking', *WPNR* 2015, afl. 7050, p. 165-172.

onder beheer geplaatste trustfonds⁸³) niet wil verliezen.⁸⁴ Men dient nu, ter beoordeling van dit soort voorbehouden 'powers', te bedenken dat door de uitoefening ervan (de vervanging van de oude trustee door een nieuwe) de trustcreatie zelf niet in het geding wordt gebracht; het trustfonds *blijft* immers onttrokken aan het vermogen van de insteller van de trust. Een door de insteller voorbehouden recht van vervanging van de trustee is daarom in beginsel (behoudens, natuurlijk, het geval waarin hij zichzelf aanwijst als (enige) trustee) niet in strijd met de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW. Dit neemt echter niet weg dat de uitoefening van het recht tot vervanging van de bestaande trustee wel in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid die daarbij, op grond van de beheersovereenkomst die tussen de insteller en de trustee is gesloten, in acht dient te worden genomen. In de gevallen waarin een insteller een professioneel trustkantoor als beheersinstelling heeft aangewezen, kan hij zijn recht tot vervanging van de trustee niet naar willekeur uitoefenen en wel omdat hij rekening heeft te houden met de vermogensrechtelijke belangen van de trustee. Ik laat dit aspect verder onbesproken, omdat het een kwestie van contractenrecht betreft die geen direct verband houdt met specifieke regels van (komend) trustrecht.

13. Tot slot

Het Derde Boek van het Curaçaose BW onderscheidt zich in één opmerkelijk opzicht van het Nederlandse: het heeft in zijn art. 3:84 het derde lid weggelaten.⁸⁵ Daartoe is besloten, zo leert ons de toelichting,⁸⁶ 'gegeven de positie van het land in het internationale rechtsverkeer'. Men was, kennelijk, nog de overtuiging toegedaan dat het artikel in de weg stond aan de profilering van Curaçao als belangrijk financieel dienstencentrum, dat het zonder het aanbod van de trust als mogelijk beheersinstrument niet kan stellen. Dat was inderdaad het geval met de oorspronkelijke redactie van Meijers, maar het is niet meer het geval met de eindredactie van dat artikel, zeker niet in de uitleg die daaraan sinds 1995 door de Hoge Raad wordt verbonden. Ik hoop in het bovenstaande te hebben duidelijk gemaakt dat de bepaling van art. 3:84 lid 3 BW zelfs een essentieel onderdeel dient uit te maken van het toekomstige Nederlandse trustrecht. De nadere trustrechtelijke uitwerking ervan luidt, bij wege van algemene samenvatting van het bovenstaande, als volgt:

'Bedingen in de trustakte krachtens dewelke de trustee niet bevoegd zal zijn om over het trustfonds te beschik-

ken, of daarover slechts met toestemming van de insteller van de trust, dan wel een of meer van de begunstigden, zal mogen beschikken, hebben slechts obligatoire werking.

Bedingen als hierboven bedoeld leiden tot nietigheid van de overdracht ten titel van trust indien daardoor de beschikkingsmacht over het gehele trustfonds aan de trustee wordt onttrokken.'

83. De benoeming van een nieuwe trustee impliceert óók dat het trustfonds aan de nieuwe trustee dient toe te vallen, want er bestaat geen trust zonder een trustfonds dat de trustee ten behoeve van de begunstigden onder zich heeft. Daartoe is in de Engelse Trustee Act van 1925 (S. 40) bepaald dat de overgang van het trustfonds van de oude op de nieuwe trustee van rechtswege plaatsvindt als de nieuwe trustee door middel van een 'deed' is benoemd; men pleegt dan te spreken van een 'implied vesting declaration'. In andere gevallen dient de ontslagen trustee het trustfonds aan de nieuwe trustee over te dragen: Trustee Act 1925, S. 37 (1) (d). De nieuwe trustee is in dit geval, zo nodig, bevoegd overdracht daarvan te vorderen, omdat zijn benoeming niet afhankelijk is van de verkrijging van het trustfonds.

84. De hierboven (bij noot 72) gememoreerde zaak *Rahman* is daarvan een goed voorbeeld: de trustee, de Chase Bank Trust Company, wilde zijn klant niet verliezen en liet daarom zijn oren hangen naar de wensen van de insteller van de trust.

85. Dit heeft onder meer, zoals J.F.M. Janssen ('Revival van zekerheidsoverdracht?', *WPNR* 2005, afl. 6610) en J. de Boer ('Het NBW in de West', *NJB* 2001, p. 291) hebben vastgesteld, als curieuze consequentie dat op Curaçao de fiduciaire eigendomsoverdracht (en cessie) tot zekerheid en de bezitloze en stille pandrechten van art. 3:237 en 239 BW naast elkaar bestaan. Vgl. ook Van Daal & Winter, *Het andere Antilliaanse vermogensrecht*, 2001, p. 59-60.

86. Zie daarvoor M.F. Murray, *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek, Tekst en toelichting op de Boeken 1, 2, 3, 5, 6, 7 en 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 384.